

论中国对临时仲裁制度应有的理性与态度

叶晓春

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

关键词: 临时仲裁; 可有可无; 生成条件; 实践基础

摘要: 以临时仲裁在国外“颇受青睐”为切入点, 分析临时仲裁的适用范围、固有缺陷、“优越性”及其对于机构仲裁的附属性; 剖析机构仲裁相对于临时仲裁所具有的内在优点, 并通过中国仲裁事业长足发展的事实说明了在目前中国单一的机构仲裁“一枝也能独秀”。最后探讨临时仲裁制度在中国生成条件和实践基础的缺失并得出结论: “临时仲裁并不是一个可以随手拿来的东西”。

中图分类号: D925· 7

文献标识码: A

文章编号: 1672- 4755(2006) 05- 0116- 02

临时仲裁, 作为仲裁方式的一种, 是指当事人各方在发生民商事纠纷时, 不需要常设仲裁机构的介入, 而直接由当事人通过仲裁协议或仲裁条款直接指定他们信任的人组成仲裁庭所进行的仲裁。目前, 法国、英国、意大利、荷兰、挪威、瑞典、香港、奥地利、比利时、德国、美国、丹麦、芬兰等多个国家和地区的仲裁制度中都规定了临时仲裁。很多国家“都规定和承认了临时仲裁制度, 而且在希腊、葡萄牙等少数国家中临时仲裁甚至成了主要的仲裁形式”, 这就是所谓的临时仲裁在国外“深受青睐”, 这也是很多学者鼓吹在中国确立临时仲裁制度的初始动因。在国外“深受青睐”, 在中国就不能遭冷遇? 适合别人的东西不一定适合我们, 别人好用的东西我们不一定能用。目前情况下, 该不该引进有没有必要引进临时仲裁制度, 还是让临时仲裁制度本身和中国发展的现实说话吧。

一、临时仲裁作用十分有限

(一) 临时仲裁适用范围的局限性分析

英国大法官 Mustill 对海事仲裁有如下著名评论, “选择仲裁 2 来解决的争议往往都是标的较小的”, 杨良宜先生也说, “大部分海事案件都是用随意仲裁的方式处理的, 因为案件所涉及的问题并不复杂,” 我们似乎可以由前面两位专家所述推出如下结论: 临时仲裁在多数场合只适用于“案件所涉及的问题并不复杂的”, “标的较小的”。商事纠纷中是有大量的小额纠纷, 但是, 我们更应该看到, 在对外经济贸易中产生的纠纷绝大部分都是大额纠纷啊。如此, 我们不禁要问: 在解决中国纷繁复杂的涉外民商事纠纷的过程中, 临时仲裁能够起多大的作用呢?

(二) 临时仲裁制度本身固有的缺陷分析

对于临时仲裁制度的缺陷, 有学者进行了很好的

归纳, 他说, “临时仲裁存在着明显的缺陷也是不争的事实, 首先, 临时仲裁的主要事项取决于当事人的意愿, 如果当事人双方不能充分地合作, 仲裁程序就无法进行。其次, 这种仲裁缺乏必要的管理和监督, 权威性不强。再次, 仲裁员由当事人任意选定, 不一定总能选出其资质适合该争议的仲裁员, 从而影响仲裁功效的正常发挥。所以我们以为, 根据我国国情, 建立临时仲裁与否, 宜持审慎的态度。”

(三) 临时仲裁的附属性分析

在中国国际私法学会 2004 年年会小组讨论会上, 香港的李剑强律师认为, 临时仲裁在香港虽然很普遍, 但多数当事人还是比较信任机构仲裁。在很多情况下, 临时仲裁需要得到仲裁机构的帮助, 也可以说是机构帮助下的临时仲裁更能赢得当事人的信任。李大律师的发言从一定意义上揭示了临时仲裁对于机构仲裁的附属性质。在仲裁制度中, 机构仲裁处于核心地位, 即有机构仲裁并非必有临时仲裁。既然如此, 在目前情况下, 我们的态应该是: 不要急于“拿来”临时仲裁, 还是优先完善机构仲裁, 也即我国仲裁法所确立的制度吧。

二、机构仲裁在中国“一枝也能独秀”

(一) “一枝也能独秀”的内在原因

仲裁制度(机构仲裁和临时仲裁)本身所具有的特点可概括为“快捷、灵活、保密、公正”。然而, 我国仲裁法还体现了机构仲裁的如下独特之点: 1 以法律为基础, 以公平合理为补充。根据我国仲裁法规定, 仲裁员在解决纠纷的过程当中, 必须“以事实为依据, 以法律为准绳”, 并具有法律约束力, 这既保证了仲裁裁决结果的合法性, 也为仲裁机构权威性和公信力的提高生成了条件。这一点恰恰是临时仲裁所不能企及的。 2

收稿日期: 2006- 08- 06

作者简介: 叶晓春(1969—), 福建厦门人, 硕士研究生, 研究方向: 民商经济法。

为及时公正地解决纠纷提供程序上的保障。这主要体现在仲裁规则上,仲裁规则可以为仲裁员和纠纷双方当事人及时公正的解决纠纷提供程序上的保证。³ 统一的仲裁员资格标准。《仲裁法》第13条对仲裁员资格作了明确规定(共有6项之多)。统一的标准是高素质仲裁员的保证,而高素质仲裁员是保证仲裁质量的关键因素。在临时仲裁中,如果纠纷当事人选择了资质不适合相关争议的仲裁员,那会是什么情形呢?

临时仲裁是仲裁的最初形式,但是随着仲裁制度的不断发展,机构仲裁已经成为当今仲裁的主要形式。正是机构仲裁固有的优点决定了它在中国仲裁事业中的主宰地位。

三、临时仲裁在中国生成条件缺失的分析

(一) 缺失临时仲裁植入中国所需的社会文化条件

临时仲裁滋生的土壤在于自由的市场经济,以及国家对私权和当事人意思自治的尊重等较为宽松的社会政治经济环境,尊重市场主体的自主选择权是临时仲裁发展的法律前提。而在我国目前,由于各种原因,使得失信成本过低,失信成本过低的结果是守信者不能得到较好的保护,失信者不能得到严厉的制裁,从而导致市场信用、社会信用的缺失。从经济学的观点分析,经济活动主体是否选择失信(违约),主要看失信(违约)成本的高低,当失信(违约)的预期效益超过将时间及另外的资源用于从事其他活动所带来的收益时,经营者便会选择失信(违约)。

然仲裁乃是一个诚信问题,临时仲裁尤其如此,诚信是临时仲裁生存的大土壤。在目前中国市场行为中诚信理念严重缺失的情况下植入临时仲裁制度,当事人能否善意且妥善地行使临时仲裁赋予的较大自主权呢?不能不说“风险很大”,因为“临时仲裁是市场经济发展到较高程度的产物,只有在市场信用制度、社会信用制度发展得较为完善,在社会经济生活的各个领域基本自然形成了特定的行规,并产生了一些信望素孚的专业人士的法治环境下才可能确立”。

(二) 缺失临时仲裁植入中国所需的制度基础

任何一种制度的植入都离不了一定的制度基础。这种制度基础就是新生制度生根发芽的深层土壤。作为一种法律制度,临时仲裁也必然地需要其固有的制度基础。众所周知,仲裁制度在我国尚处于制度生成阶段,仲裁制度为市场经济服务的独特优势和作用尚未充分显现、发挥,还没有在公正与及时等方面树立起较好的社会影响力和公信力。仲裁制度对我国民众而言,仍是一个新生事物,还没有在全社会得以普及。尽管市场经济内在需要这个制度,但是,作为具有植入性的仲裁制度,仲裁意识远远落后于仲裁法律制度,仲裁意识还远远谈不上建立起来。与此同步,机构仲裁在我国目前尚处于初级发展阶段,作为“较高层次”的临时仲裁制度还不具备生存的土壤。从我国目前的情况来看,还是先让机构仲裁打开“蒙昧”为宜。一句话,临时仲裁制度并不符合我国目前的国情,如果现在

草草地确立临时仲裁制度必然对机构仲裁造成冲击,也必然对我国民事纠纷的仲裁造成不应有的无序。

四、临时仲裁在中国实践基础缺失的分析

(一) 关于对临时仲裁的“承认及执行”

联合国《纽约公约》的第一条第二款中明确规定“仲裁裁决”是指“专案选派之仲裁员所作裁决,”和“常设仲裁机关所做裁决”,即临时仲裁做为“专案选派之仲裁员所做裁决”是“国际惯常做法”,我国于1958年加入了《纽约公约》签订了相关司法协助协定并明确承认临时仲裁的效力。全国人大常委会在1986年做出了“关于我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》的决定”。对于我国在有了前面诸多法律行为的前提下没有在仲裁法中规定临时仲裁,有学者颇感不解,认为,“这显然并非某种立法技术上的问题,而是立法思想的作用。因此,应对有关临时仲裁在我国做为一种仲裁制度的设立和推行思考其法律依据”,也有学者为我国仲裁法“对临时仲裁的忽略或否定可能违反有关世贸组织规则”而深感不安,那中国政府为什么不急于在实践中承认临时仲裁呢?我们知道,临时仲裁是一种法律制度,而法律制度应社会需求而生成,社会发展的需要才是其确立的唯一根本。因此,我们完全不必因有了对临时仲裁的“承认”却没有实践它而不能释怀,也完全不必为“可能”存在的“违规”而惴惴不安。

(二) 我国法院对临时仲裁的态度

我国仲裁法没有规定临时仲裁,因此当事人无权要求我国法院执行由此产生的仲裁裁决。但是,在中国以外制作的临时仲裁裁决,一般能够依照我国加入的《纽约公约》的规定和民诉法的对等原则在我国得到承认与执行。2001年初,最高人民法院院长肖扬就临时仲裁问题回答记者提问时指出,“中国法院在个案中也原则上承认涉外案件临时仲裁协议的有效性”。由此可以看出,目前我国司法实践对临时仲裁的所持的态度是否定的,或者说承认的程度是极其有限的。也就是说,在目前的中国,临时仲裁没有付诸实践的可能。换句话说,就是没有实践的基础。正是因为没有实践的基础,“临时仲裁将仅仅只是‘个人间的行为’,从而不能做为制度而建立”。

随着我国的“入世”,完善与发展我国既有的仲裁制度并逐步使之国际化,将是一次具有重要意义的突变式创新。中国仲裁事业的发展与繁荣离不开仲裁制度的进一步完善与发展,这当然地包括不久的将来临时仲裁制度在中国的确立。然而,临时仲裁制度本事所具有的特点和中国社会发展的诸多现实决定了它在目前“并不是一个可以随手拿来的东西”。

参考文献:

[1] Sir M khael J. Mustill & Stewart C. Boyd "What matters may be arbitrated", Commercial Arbitration Second Edition, Butterworths pp149-150

[2] 张斌生. 仲裁法新论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002

责任编辑: 索瓦洛